

Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR¹

Prof. Dr. iur Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 3/1989, S. 91 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[91] Art. 21 OR regelt die "Übervorteilung" (Randtitel). Er gliedert sich in zwei Absätze, die wie folgt lauten:

"Wird ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen" (Abs. 1). *"Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages"* (Abs. 2).

Obwohl diese Vorschrift zum gängigen Lehr- und Lernstoff der juristischen Ausbildung gehört, lohnt es sich, sie zum Gegenstand einer etwas vertieften Abhandlung zu machen. Zuerst spreche ich von Art. 21 OR im allgemeinen, dann vom Tatbestand und von der Rechtsfolge der Übervorteilung.

I. Art. 21 OR im allgemeinen

1. Herkunft

1. Art. 21 OR wurde mit dem bereits erwähnten Wortlaut erst bei der Revision von 1911 in das Obligationenrecht eingefügt. Das alte Obligationenrecht von 1881 enthielt keine entspre-

¹ **Literatur:** Einschlägige Kommentare. Ausserdem (Auswahl): BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; BYDLINSKI, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987; GORDLEY, Equality in Exchange, California Law Review, 1981, 1587 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984; LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989; MAYER-MALY, Renaissance der laesio enormis?, in: FS Larenz (zum 80. Geburtstag), München 1983, S. 395 ff.; OFTINGER, Betrachtungen über die Laesio im schweizerischen Recht, in: Festschrift Zepos, Athen, Freiburg i. Br. 1973, S. 535 ff.; PIOTET, Note sur les conséquences de la lésion, JT 1958 I, S. 535 ff.; OSSIPOW, De la lésion. Étude de droit positif et de droit comparé, Diss. Lausanne 1940; STARK, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 377 ff.; THILO, Note sur la lésion. Examen de quelques questions dans le cadre de l'art. 21 CO, JT 1946 I, S. 354 ff.; ZUFFEREY, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Freiburg 1988.

chende Vorschrift, überliess es aber "der Kantonalgesetzgebung..., Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen" (Art. 83 Abs. 2 aOR). Obwohl zahlreiche Kantone insbesondere strafrechtliche Vorschriften gegen den Wucher erliessen², vermochte die Rechtslage jedoch nicht zu befriedigen. Denn:

Die "Wucherfrage" war – anders als MUNZINGER am Schweizerischen Juristentag von 1866 noch vertreten hatte³ – "durch die neuere Wissenschaft" keineswegs "definitiv gelöst"⁴. Und auch der praktische Erfolg der kantonalen Wuchergesetze liess zu wünschen übrig⁵. Der Bundesgesetzgeber von 1911 hielt es daher für angezeigt, das Obligationenrecht durch eine einschlägige Privatrechtsbestimmung, den heutigen Art. 21 OR, zu ergänzen.

2. Als Muster für den neu geschaffenen Art. 21 OR diente einerseits die damalige Vorschrift des § 138 Abs. 2 DBGB⁶, die dann später (1976) weiter gefasst wurde. Und andererseits waren die Tatbestandselemente des Art. 21 Abs. 1 OR bereits in kantonalen Wuchergesetzen "vorformuliert". Das aber verhinderte nicht, dass man im Laufe der **Revisionsarbeiten** über zwanzig Textvarianten beraten musste⁷, bis die schliesslich akzeptierte Formel gefunden war.

Umstritten war nicht nur die Formulierung und nähere Ausgestaltung der Vorschrift; kritisiert wurde auch die Bestimmung als solche⁸. Das letztere vermag nicht zu erstaunen, wenn man bedenkt, wie stark das individualistische, am Willensdogma orientierte Vertragsmodell des Liberalismus zu Beginn des [92] 20. Jahrhunderts noch nachwirkte, weshalb die Kritik denn auch vor allem von "individualistischer Seite" kam⁹.

2. Inhalt, Grundgedanken und Würdigung

A. Inhalt

1. Art. 21 OR befasst sich mit der seit Jahrhunderten diskutierten **Rechtsfrage**, ob das, was jede Partei in einem Austauschvertrag gibt, gleichwertig sein muss mit dem, was sie bekommt¹⁰.

² Vgl. die Übersicht bei OSSIPOW, S. 208 ff.

³ ZSR 1867, S. 41.

⁴ Vgl. bereits das Votum MEILY am schweizerischen Juristentag 1884, ZSR 1884, S. 719.

⁵ OSSIPOW, S. 215 f.

⁶ BUCHER, S. 229; OFTINGER, S. 536.

⁷ OSSIPOW, S. 216 ff. (223).

⁸ Vgl. namentlich das Votum GAUDARD im Nationalrat (StenBull NatR 1909, 478 f.), worin um die Rechtssicherheit gebangt und die neue Vorschrift ausserdem als überflüssig betrachtet wurde, weil man den Fällen der Übervorteilung schon mit den eingeführten Regeln über die Täuschung, die Furchterregung und den Konsens beikomme.

⁹ HOFFMAN, StenBull StR 1910, 163. Umso bemerkenswerter ist, was ROSSEL dieser Kritik entgegenhielt; als französischer Berichterstatter gab er dem Nationalrat (unter anderem) zu bedenken, "que toute notre législation moderne est une législation sociale qui tend à la protection du faible, car il n'y a ni liberté, ni égalité quand, de deux parties contractantes, l'une est formidablement armée par son intelligence, ou par sa fortune, tandis que l'autre ne peut lui opposer que sa gêne, son inexpérience ou sa légèreté" (StenBull NatR 1909, 479).

¹⁰ Nachweise von der Antike bis zur Neuzeit bei GORDLEY, passim; vgl. ferner z.B. FLUME, S. 379 f.; BUCHER, S. 228 f.; MAYER-MALY, S. 395 ff.; OSSIPOW, S. 17 ff.

Dieses Problem "est vieux comme le monde"¹¹. Die *Antwort*, die Art. 21 OR enthält, ist eine vermittelnde:

- a. Der blosse Umstand, dass zwischen den vereinbarten Austauschleistungen ein *Missverhältnis* besteht, berührt die Geltung des Vertrages selbst dann nicht, wenn das Missverhältnis ein "offenbares" ist. Das bedeutet, dass die Ungleichwertigkeit der Leistungen aus sich heraus noch keinen Grund bildet, um die Vertragswirkung nach Art. 21 OR in Frage zu stellen¹². Vielmehr überlässt es Art. 21 OR grundsätzlich den Vertragsparteien, den Inhalt des Vertrages bezüglich der Wertrelation von Austauschleistungen nach ihrem Belieben frei zu bestimmen¹³.
- b. Wird aber ein "offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch *Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns* des andern herbeigeführt worden ist", so liegt nach Art. 21 Abs. 1 OR eine "Übervorteilung" vor, die den Vertrag einseitig unverbindlich macht.

2. Mit dieser Regel richtet sich Art. 21 OR **gegen den Missbrauch der Vertragsfreiheit**, indem er die eine Partei (unter bestimmten Voraussetzungen) gegen wirtschaftliche Ausbeutung der andern schützt. Damit weist Art. 21 OR die privatautonome Selbstherrlichkeit des Ausbeuters in Schranken¹⁴ und gesellt sich, da sich die Übervorteilung auch vom Vertragsinhalt her bestimmt, zu Art. 20 OR, mit dem er den Obertitel "Inhalt des Vertrages" gemeinsam hat. Anders als in Art. 20 ist nach Art. 21 OR aber nicht der vereinbarte Inhalt des Vertrages als solcher verpönt. Verpönt ist vielmehr *die Art und Weise*, wie es zu diesem Inhalt (dem "offenbaren Missverhältnis" der Austauschleistungen) kommt.

B. Grundgedanken und Würdigung

1. Der umschriebene Regelungsinhalt des Art. 21 OR beruht auf zwei **Grundgedanken**:

- a. Der *erste Gedanke* besteht darin, *dass sich keiner auf Kosten des andern bereichern soll*. Dieser Gedanke entspricht einer traditionellen Rechtsidee¹⁵ und verlangt, auf das Vertragsrecht bezogen, dass die Austauschleistungen der Parteien gleichwertig sind¹⁶, so dass der Austausch jede Partei in gleicher Weise belastet¹⁷. Durch den Austausch gleichwertiger

¹¹ ROSSEL, zit. in Anm. 9, S. 479.

¹² Statt vieler: OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 21 OR.

¹³ Insoweit steht die Vorschrift auf dem Boden der Vertragsautonomie. Sie wurzelt in der Tradition des 19. Jahrhunderts, die eine Inhaltskontrolle unter dem Gesichtspunkt der Austauschgerechtigkeit vor allem auch deswegen verwarf, weil sie dem Prinzip der freien Selbstbestimmung widerspreche (zahlreiche Nachweise bei GORDLEY, S. 1599 ff.).

¹⁴ Vgl. sinngemäss ROSSEL, zit. in Anm. 9, S. 479 f.

¹⁵ Vgl. ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, V. Buch, 1130b-34b.

¹⁶ ARISTOTELES, a.a.O., 1132a-33b; vgl. auch BYDLINSKI, S. 152 f.

¹⁷ THOMAS VON AQUIN, Summa Theologica II-II, 77, Art. 1.

Leistungen geschieht materielle Vertragsgerechtigkeit, was dem Ideal der Iustitia Commutativa entspricht.

Art. 21 OR hat den erwähnten Gedanken zwar aufgenommen, aber nicht absolut verwirklicht. Denn einerseits erfasst er nur solche Fälle, in denen das Missverhältnis zwischen den vereinbarten Austauschleistungen ein "offenbares" ist. Und andererseits kommt das "Bereicherungsverbot" erst im Zusammenspiel mit einem zusätzlichen (zweiten) Gedanken zum Tragen:

- b. Der *zweite Gedanke* fliesst aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der die Parteien schon mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet¹⁸.

Das *Gebot zur Rücksichtnahme* verbietet es einer Verhandlungspartei, die Schwäche einer [93] andern auszubeuten, um sich durch Vereinbarung eines offenbaren Leistungsmissverhältnisses auf deren Kosten zu bereichern. Wer diese Rücksichtnahme bei Vertragsabschluss vermissen lässt, muss es sich nach Art. 21 OR gefallen lassen, dass die verletzte Partei den Vertrag nicht hält, sofern sie dies rechtzeitig (innerhalb Jahresfrist seit Vertragsabschluss) erklärt¹⁹.

- 2. Geht man von den Grundgedanken zu einer **Würdigung** des Art. 21 OR über, so fällt zunächst auf, dass die Vorschrift in der schweizerischen Rechtswirklichkeit bisher eine nur geringe Resonanz gefunden hat. *Gerichtsurteile*, die den Artikel zum Schutze des Übervorteilten anwenden, sind eher selten²⁰. Und auch die *Literatur* ist, was die Bewertung des Art. 21 OR betrifft, im allgemeinen zurückhaltend. Nach BUCHER²¹ verbietet es die Entstehungsgeschichte der Norm, "OR 21 mehr als marginale Bedeutung zuzuerkennen". Und verschiedene weitere Autoren postulieren (ausdrücklich oder implizit) eine restriktive Auslegung der Bestimmung²². Was ist von alledem zu halten?

- a. Obwohl Art. 21 OR verzögert und unter Widerständen ins Gesetz eingeführt wurde, hat die Vorschrift, wenn ihr Gehalt den Massstab bildet, *mehr als bloss "marginale" Bedeutung*. Wer sich vom individualistischen Vertragsmodell des letzten Jahrhunderts trennt, kann die Richtung, die Art. 21 OR einschlägt, nur begrüssen²³. Denn mit dem Prinzip, wonach jeder für sich selber verantwortlich ist und die Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns ohne korrigierenden Eingriff des Richters zu tragen hat²⁴, ist es nicht mehr getan, sobald man sich für ein "soziales Privatrecht" entscheidet.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP, Nr. 714.

¹⁹ Indem Art. 21 OR die Ausbeutung derart sanktioniert, setzt er sich über einen weiteren Einwand des 19. Jahrhunderts (vgl. bereits Anm. 13) hinweg: dass man nämlich von einer Ungleichwertigkeit der Austauschleistungen vernünftigerweise gar nicht sprechen könne, weil der Wert jeder Leistung einzig von der subjektiven Bewertung der Parteien abhängt und es nur dann zum Tausch komme, wenn jede Partei die Gegenleistung der andern wertvoller erachte als die eigene (Nachweise bei GORDLEY, S. 1592 ff.).

²⁰ Vgl. GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1989 (Übersicht zu Art. 21 OR); OFTINGER, S. 541 f.; OSSIPOW, S. 297 f.; STARK, S. 377.

²¹ BUCHER, S. 229.

²² Vgl. z.B. VON BÜREN, S. 227; THILO, S. 356.

²³ Vgl. OFTINGER, S. 542 und S. 544.

²⁴ OFTINGER, S. 545.

- b. Vielmehr stösst das Prinzip der Vertragsautonomie an seine Grenzen, wenn der *eine* Verhandlungspartner wegen der Natur des Geschäftes oder sonstiger Umstände ausserstande ist, seine Interessen zu wahren²⁵. In solchen Fällen soll die *andere* Partei davon absehen, die Situation auf Kosten ihres Partners und zu ihrem eigenen Vorteil auszunützen! Diese Regel entspricht einem "*Gebot der Fairness*", das (zur Rücksichtnahme verpflichtend) dem Prinzip der Vertragsautonomie als "Gegenprinzip" zur Seite tritt²⁶. In Art. 21 OR hat die Regel eine konkrete (gesetzlich bindende) Ausgestaltung gefunden, die "als eine Auswirkung des moralischen Fundaments des Privatrechts vor uns steht"²⁷ und in anderen Rechtssystemen gleichermassen Anerkennung findet²⁸.
- c. Wird Art. 21 OR in diesem Lichte gesehen, so gibt es *keinen Grund, der eine restriktive Auslegung der Bestimmung* (namentlich unter Berufung auf das Prinzip der Vertragsautonomie) *rechtfertigt*²⁹. Im Gegenteil:
- Art. 21 OR ist möglichst weit auszulegen: so weit, wie Wortlaut und Zweckgedanke es erlauben, mag auch der historische Gesetzgeber (unter dem Eindruck der *damaligen* Verhältnisse) auf eine eher geringe Tragweite der Bestimmung tendiert haben³⁰. Seit *damals* sind nicht nur die äusseren Verhältnisse und Lebensbedingungen anders geworden, womit der "Schutz des Vertragsschliessenden Schritt zu halten" hat³¹. Auch "das Gewissen" wurde, "was die Abwehr stossender Vertragsinhalte anlangt", in der Zwischenzeit verfeinert³². Umso mehr gilt, was schon ROSSEL³³ vor dem Nationalrat gesagt hatte: "Il n'y a vraiment pas sujet de nous laisser émouvoir par les intérêts de ceux qui spéculent sur la faiblesse de leurs co-contractants pour leur extorquer des avantages excessifs"!

II. Vom Tatbestand der Übervorteilung – Drei Elemente und deren Kombination

[94] Die Übervorteilung umfasst nach Art. 21 Abs. 1 OR drei Elemente: ein objektives und zwei subjektive. Aus der Kombination der drei Elemente besteht der Tatbestand.

²⁵ Vgl. OFTINGER, S. 545.

²⁶ Vgl. z.B. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard 1986, S. 66 ff.

²⁷ OFTINGER, S. 545, mit Zitat; ROSSEL, zit. in Anm. 9, S. 480: "règles les plus élémentaires de la morale et du droit".

²⁸ Vgl. z.B. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, in: *Essays on Contract*, Oxford 1988, S. 329 ff.; GORDLEY, zit. in Anm. 1; EISENBERG, *The Bargain Principle and its Limits*, Harvard Law Review 95 (1982) S. 741 ff.; HUGH BEALE, *Inequality of Bargaining Power*, Oxford Journal of Legal Studies 1986, Vol. 6, No. 1, S. 123 ff. (Beachte insbesondere S. 128: "Traditional doctrines give relief where a party is in a weak position because of ignorance, inexperience, need or relationship of trust, and the other party has taken advantage of this to make a contract under which the weaker party is exploited in value for money terms.").

²⁹ Vgl. auch BGE 44 II 186; OFTINGER, S. 540.

³⁰ OFTINGER, S. 540; vgl. dazu OSSIPOW, S. 219 ff.

³¹ BGE 92 II 176.

³² OFTINGER, S. 540.

³³ ROSSEL, zit. in Anm. 9, S. 480.

1. Das erste Element: Offenbares Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen

Das erste Element ist ein objektives. Es beschlägt den Vertragsinhalt. Durch den Vertrag, um den es in Art. 21 OR geht, wird "ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung ... begründet". Das Äquivalenzverhältnis (die Wertrelation) zwischen den vereinbarten Austauschleistungen ist in diesem Sinne gestört. Davon ausgehend, stellt sich zunächst die Frage nach den in Art. 21 OR erfassten Verträgen; darauf gilt es, das erforderliche Missverhältnis näher zu umschreiben.

A. Die von Art. 21 OR erfassten Verträge

1. Art. 21 OR ist zugeschnitten auf **vollkommen zweiseitige (synallagmatische) Schuldverträge**. Und zwar erfasst er diese Verträge in all ihren Erscheinungsformen. Er findet somit Anwendung: auf kurz- und auf langfristige Verträge, auf einfache Schuld- und auf Dauerverträge, auf Kaufverträge, auf Kreditverträge (z.B. entgeltliche Darlehensverträge³⁴) und auf sonstige Austauschverträge (z.B. Miet-, Arbeits- und Verpfändungsverträge). Gleichgültig ist, ob es sich beim konkreten Vertrag um einen Nominat- oder um einen Innominatkontrakt handelt und ob die beteiligten Parteien natürliche Personen sind oder nicht³⁵.

Unerheblich ist des weitern, ob Vertragsabschluss und Vertragsleistungen zeitlich auseinander- oder zusammenfallen. So betrifft Art. 21 OR *auch atypische Schuldverträge*, bei denen die Leistungen zwar in gegenseitigem Einverständnis der Parteien, aber ohne vorherige Leistungsversprechen (und damit ohne vorgängige Schuldpflichten) vollzogen werden³⁶. Der französische Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 OR, der von "prestation promise" spricht, ist diesbezüglich zu eng formuliert.

2. Dass Art. 21 OR auf den vollkommen zweiseitigen Schuldvertrag zugeschnitten ist, begrenzt zwar seinen unmittelbaren Anwendungsbereich. Das aber bildet kein Hindernis, Art. 21 OR auf **andere Verträge** (z.B. auf Vergleichsverträge³⁷, Gesellschafts-³⁸, Abänderungs- und Erbteilungsverträge³⁹, ja sogar auf unentgeltliche Leistungsversprechen⁴⁰) *sinngemäss* anzuwenden.

³⁴ Auch bei ihnen handelt es sich um synallagmatische Schuldverträge (anders z.B. BGE 93 II 192; STARK, S. 378), die in den Anwendungsbereich des Art. 21 OR fallen (vgl. z.B. BGE 84 II 107 ff.; zurückhaltend: BUCHER, S. 230). Ob der Borger übervorteilt wurde, beurteilt sich unabhängig von anwendbaren Höchstzinsvorschriften der Kantone (Art. 73 Abs. 2 OR und Art. 795 Abs. 2 ZGB). Denn Zinsvereinbarungen in verbotener Höhe sind für eine Übervorteilung weder vorausgesetzt, noch bedeuten sie, dass in jedem Fall auch eine Übervorteilung vorliegt (BGE 80 II 332).

³⁵ Auf die besondern Fragen, die sich stellen können, wenn der Übervorteilte eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) ist, wird in diesem Beitrag nicht eingetreten. Ausser acht bleiben auch die speziellen Probleme im Zusammenhang mit der Stellvertretung.

³⁶ Zu diesen Verträgen: GAUCH/SCHLUEP, Nr. 242 f.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 110 zu Art. 1 OR.

³⁷ Über die Anwendung des Art. 21 OR auf den Vergleich siehe im einzelnen: GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Innominatverträge, FG Schluep, Zürich 1988, S. 19 f.

³⁸ Vgl. BECKER, N 3 zu Art. 21 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 21 OR; VON TUHR/PETER, S. 343 Anm. 4a und S. 344.

³⁹ BGE 84 II 355 ff.

Auf Voraussetzungen und Einzelheiten dieser analogen Anwendung wird im vorliegenden Aufsatz jedoch nicht eingetreten. Vielmehr lasse ich mich vom Bild des synallagmatischen Schuldvertrages leiten, der auch das Leitbild des Gesetzgebers war.

B. Das erforderliche Missverhältnis

1. Art. 21 Abs. 1 OR verlangt, dass zwischen den vereinbarten⁴¹ Austauschleistungen ein "**offenbares Missverhältnis**" zum Nachteil des Übervorteilten besteht. Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist eine Ermessenfrage (Art. 4 ZGB) und lässt sich daher nicht auf Grund einer bestimmten (etwa mathematischen) Formel entscheiden. Für den Entscheid können nur (aber immerhin) **Richtlinien** gegeben werden:

- a. Zur Feststellung des erforderlichen Missverhältnisses sind die vereinbarten Austauschleistungen gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung beginnt mit einer *Bewertung der Austauschleistungen*. Die einzelne Leistung [95] muss zunächst nach ihrem Inhalt und Umfang, dann nach ihrem Wert bestimmt werden. *Massgebend ist der objektive Wert der Leistung*⁴², und zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses⁴³. Es kommt also nicht auf das subjektive Wertempfinden des Empfängers an, sondern auf den "Preis", den die Leistung nach der loyalen Auffassung "gerecht und billig Denkender" wirtschaftlich wert ist.

Die Bestimmung dieses objektiven Wertes kann schwierig sein, falls die Leistung nicht in einer schlichten Geldzahlung besteht. Soweit möglich, ist alsdann vom einschlägigen *Marktpreis* (im Geschäftskreis der beteiligten Parteien) auszugehen⁴⁴. Fehlt es an einem solchen Marktpreis⁴⁵, so muss der Rechtsanwender auf *andere Kriterien* ausweichen, indem er sich z.B. an den Kosten des Leistungsaufwandes (samt angemessenem Profitzuschlag), dem Marktpreis einer vergleichbaren Leistung oder den Beurteilungskriterien des Art. 13 im Preisüberwachungsgesetz orientiert. Damit ist zugleich gesagt, dass eine generelle Beschränkung des Art. 21 OR auf Fälle, in denen für die fragliche Leistung "wenigstens ansatzweise ein Markt besteht"⁴⁶, sich weder aufdrängt noch rechtfertigt⁴⁷. Eine solche Beschränkung

⁴⁰ Der Ausbeuter, der seinem Partner noch *weniger* als ein unverhältnismässig geringes Entgelt (nämlich *überhaupt keine* Gegenleistung) anbietet, darf der Sanktion des Art. 21 OR nicht entgehen!

⁴¹ Auf die *Vereinbarung* kommt es an, nicht darauf, wie die vereinbarten Austauschleistungen dann tatsächlich erbracht werden!

⁴² BGE 92 II 170; VON TUHR/PETER, S. 344.

⁴³ VON TUHR/PETER, S. 344. Das Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verlangt nicht, dass die Leistungen in jedem Falle so zu bewerten sind, wie wenn sie in diesem Zeitpunkt erbracht worden wären. Denn was eine vereinbarte Vertragsleistung bei Vertragsabschluss wert ist, beurteilt sich immer auch unter Berücksichtigung der Fälligkeit. Und bei aufschiebend bedingten Verträgen ist die Ungewissheit, ob und wann eine Leistungspflicht entsteht, ebenfalls in die Bewertung einzubeziehen.

⁴⁴ Vgl. z.B. BUCHER, S. 231; BYDLINSKI, S. 154; GORDLEY, S. 1609 ff.

⁴⁵ Was auch dann zutrifft, wenn ein angeblicher "Marktpreis" in Wirklichkeit nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbes ist.

⁴⁶ BUCHER, S. 231.

⁴⁷ Wollte man anders entscheiden, so entginge sogar der Arzt, der einem kollabierenden Touristen im Hochgebirge ein zehnmals höheres Honorar als im Tal abverlangt (BUCHER, S. 236), der Sanktion des Art. 21 OR, weil es für spontane Hilfeleistungen im Hochgebirge einen Markt nicht einmal "ansatzweise" gibt. Dass aber der Schutz, den Art. 21 OR dem Schwachen gewährt, gerade auch im Falle einer derartigen

lässt sich umso weniger begründen, als der Richter auch ausserhalb des Art. 21 OR (etwa im Schadenersatzrecht, bei der Festsetzung des Werklohnes nach Art. 374 OR oder bei der Preisminderung infolge eines Sachmangels) zu objektiver Bewertung von Gütern aufgerufen ist, für die es an einem Marktpreis fehlen kann.

- b. Erst wenn der objektive Wert der vereinbarten Austauschleistungen feststeht, lässt sich beurteilen, ob ein "*offenbares Missverhältnis*" zum Nachteil des Übervorteilten besteht. Durch das Wort "offenbar" macht das Gesetz deutlich, dass zur Erfüllung des Tatbestandes nicht jede Ungleichwertigkeit der Austauschleistungen genügt. Vielmehr muss das Ungleichgewicht *offen zutage treten*, so dass es "für jedermann", der die Verhältnisse vernünftig beurteilt, "in die Augen" springt⁴⁸.
- c. An das Vorliegen des erforderlichen Missverhältnisses dürfen aber *keine allzustrengen Anforderungen* gestellt werden. Extreme Anforderungen verbieten sich schon deshalb, weil der Vertrag des Art. 21 OR auf einem ausbeuterischen (und deshalb verwerflichen) Verhalten der begünstigten Partei beruht. Dadurch unterscheidet sich der Tatbestand des Art. 21 OR von (Clausula-) Fällen, in denen es um eine Vertragsanpassung an nachträgliche Äquivalenzstörungen geht⁴⁹. Während man für solche Fälle ein "*krasses*" Missverhältnis verlangen mag, muss im Anwendungsbereich des Art. 21 OR schon weniger genügen, und zwar unabhängig davon, wie das "offenbare Missverhältnis" im strafrechtlichen Wuchertatbestand des Art. 157 StGB verstanden wird.

Das alles ist zu betonen gegenüber restriktiven Lehrmeinungen, die für Art. 21 OR eine "aussergewöhnlich stossende Disparität" der Werte⁵⁰ oder ein "schlechthin unerträgliches" Missverhältnis⁵¹ verlangen. Diese Lehrmeinungen übersehen, dass Art. 21 OR nicht das Missverhältnis als solches sanktioniert, sondern die "rücksichtslose" Art und Weise, wie die eine Partei den ungleichgewichtigen Vertrag zum Nachteil der andern abgeschlossen hat. Für das schweizerische Recht sind sie ebenso abzulehnen wie die zu § 138 Abs. 2 DBGB vertretene Auffassung⁵², dass es sich "um sehr hohe Vermögensvorteile handeln" muss, "die dem Wucherer zufallen"⁵³.

Nothilfe (unabhängig von bestehenden Marktpreisen!) spielen muss, liegt auf der Hand (vgl. auch BUCHER a.a.O.). Der Umstand, dass dem Richter, der eine entsprechende Hilfeleistung zu bewerten hat, nur unpräzise Kriterien zur Verfügung stehen, vermag daran nichts zu ändern. Richtungsweisend (auch für die Schweiz) ist der im Ausland entwickelte Grundsatz, dass "the recovery in distress cases involving an adventitious rescuer should not only compensate the promisee for all costs, tangible or intangible, but should also include a generous bonus to provide a clear incentive for action and compensation for benefit conferred" (EISENBERG, zit. in Anm. 28, S. 761, unter Hinweis auf eine lange bewährte Praxis im amerikanischen Seerecht).

48 BGE 53 II 488; 46 II 60; OSER/SCHÖNENBERGER, N 7 zu Art. 21 OR.

49 Vgl. darüber JÄGGI/GAUCH, N 678 ff. zu Art. 18 OR.

50 BUCHER, S. 228 und S. 231.

51 VON BÜREN, S. 227.

52 SOERGEL/HEFERMEHL, N 65 zu DBGB § 138.

53 Gegen diese Auffassung spricht (im schweizerischen Recht) schon die Tatsache, dass kleinere Alltagsgeschäfte, die sich von vorneherein nicht um "hohe Vermögenswerte" drehen, ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 21 OR fallen. Vgl. HUBER, StenBull NatR 1909, 484, wonach "in der Praxis gerade weniger wichtige Fälle am allerstörendsten empfunden werden".

2. [96] Die gegebenen Richtlinien bedürfen einer Präzisierung, und zwar in dem Sinne, dass es für die Leistungsbewertung immer auch auf die **Besonderheiten des individuellen Einzelvertrages** ankommt. Zum Beispiel müssen allfällige Service-Leistungen (etwa Kundenberatung), die eine Partei schon bei den Vertragsverhandlungen erbringt, ebenfalls in die Bewertung einbezogen werden⁵⁴. Vor allem aber ist stets auf den vereinbarten *Gesamtinhalt* des konkreten Vertrages abzustellen⁵⁵ und *besonderen Risiken*, die sich für eine Partei aus der Abwicklung gerade dieses Vertrages ergeben, Rechnung zu tragen⁵⁶.

2. Das zweite Element: Schwäche der benachteiligten Vertragspartei

Das zweite Tatbestandselement des Art. 21 Abs. 1 OR ist ein subjektives. Es betrifft jene Vertragspartei, die durch das offenbare Leistungsmissverhältnis benachteiligt wird. Diese Partei wurde durch eine bestimmte Schwäche zum Abschluss des für sie ungünstigen Vertrages veranlasst, weshalb der Tatbestand der Übervorteilung immer auch einen Mangel in der Willensbildung einschliesst⁵⁷. Art. 21 Abs. 1 OR nennt drei Schwächelagen: Notlage, Unerfahrenheit und Leichtsinnsinn.

A. Notlage, Unerfahrenheit und Leichtsinnsinn

1. Die "Notlage", die "Unerfahrenheit" und der "Leichtsinn", die in Art. 21 Abs. 1 OR als alternative Tatbestandselemente aufgeführt sind, versetzen die betroffene Partei in eine unterlegene Verhandlungsposition. Dadurch wird deren Freiheit, einen Vertrag mit ausgeglichenem Leistungsverhältnis abzuschliessen oder vom Vertragsabschluss überhaupt abzusehen, faktisch beschränkt.

- a. Eine "Notlage" im Sinne des Art. 21 Abs. 1 OR liegt schon dann vor, wenn sich eine Partei bei Vertragsabschluss in einer *Zwangslage* befindet⁵⁸. Dieses Erfordernis ist erfüllt, sobald

⁵⁴ Somit kann etwa der Wert einer Verkäuferleistung differieren, je nachdem, ob eine bestimmte Kaufsache im Selbstbedienungsladen, im Spezialgeschäft oder an der Haustüre angeboten wird.

⁵⁵ Mehrere Leistungen einer Partei (z.B. Kaufpreis für ein Grundstück und Übernahme einer Architektenbindung; Darlehenszins und Bezahlung einer Abschlussprovision) sind wertmässig zu addieren, was sich zwar von selbst versteht, im Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 OR aber nicht zum Ausdruck kommt. Ausserdem ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob nicht der Wert einer Vertragsleistung durch zusätzliche Vertragsbedingungen (z.B. Fälligkeits-, Haftungs-, Freizeichnungs- oder Spesenklauseln), die oft in vorgeformten Vertragsinhalten integriert sind, erhöht oder vermindert wird (BECKER, N 2 zu Art. 21 OR; MERZ, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: FG Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 155). Z.B. kann eine Freizeichnungsklausel den objektiven Wert der versprochenen Leistung erheblich vermindern, was bei der Anwendung des Art. 21 OR nicht übergangen werden darf.

⁵⁶ Vgl. VON TUHR/PETER, S. 344; OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 21 OR. Solche Risiken mögen mit der zweifelhaften Kreditwürdigkeit des Vertragspartners, mit der speziellen Gefährlichkeit einer Vertragsarbeit, der unsicheren Beschaffenheit eines Baugrundes oder sonstigen Umständen zusammenhängen. Sie können bewirken, dass eine scheinbar überhöhte Gegenleistung in Wirklichkeit durchaus angemessen ist.

⁵⁷ Vgl. BGE 84 II 113; BUCHER, S. 233.

⁵⁸ Dass eine Zwangslage genügt, wurde für das deutsche Recht durch die Revision des § 138 Abs. 2 BGB ausdrücklich klargestellt. Für das schweizerische Recht ergibt sich die gleiche Rechtslage aus einer wei-

ein Verhandlungspartner in so starker (wirtschaftlicher oder anderer⁵⁹) Bedrängnis⁶⁰ ist, dass es ihm zur Vermeidung drohender Nachteile noch als das kleinere Übel erscheint, den für ihn ungünstigen Vertrag einzugehen⁶¹.

- b. Die "*Unerfahrenheit*" äussert sich in einem Mangel an Kenntnissen. Der "unerfahrenen" Partei fehlen zur Zeit des Vertragsabschlusses diejenigen Kenntnisse, die erforderlich sind, damit sie den in Frage stehenden Vertrag richtig zu würdigen und das für sie nachteilige (offenbare) Missverhältnis der Austauschleistungen zu durchschauen vermag⁶². Trifft dies zu⁶³, so ist das in Art. 21 Abs. 1 OR genannte Merkmal der "Unerfahrenheit" erfüllt. Mehr braucht es nicht⁶⁴. Doch ist umgekehrt zu betonen:

Wer bei Vertragsabschluss über die zur richtigen Würdigung des Vertrages erforderlichen Kenntnisse verfügt, kann sich im nachhinein nicht auf "Unerfahrenheit" berufen. Das gilt auch dann, wenn er die Verhältnisse [97] tatsächlich falsch einschätzt; oder wenn er das, was er wissen muss, z.B. nur durch theoretische Ausbildung, durch Einholung von Auskünften oder erst durch die Vertragsverhandlungen in Erfahrung gebracht hat. Auch wer einen bestimmten Vertrag zum ersten Mal abschliesst, ist diesbezüglich nicht notwendigerweise "unerfahren"!

- c. Der "*Leichtsinn*" besteht in einem Mangel an Vorsicht und Überlegtheit. Doch setzt er weder eine bestimmt-geartete Veranlagung des Benachteiligten oder gar einen pathologischen Zustand voraus; noch verlangt er ein generell leichtsinniges Benehmen oder einen leichtsinnigen Lebenswandel einer Partei. Vielmehr ist vorausgesetzt, aber auch genügend, dass es der Benachteiligte gerade bei Abschluss des konkreten Vertrages (aus irgend einem Grund⁶⁵) an der gebotenen Vorsicht und Überlegtheit fehlen lässt, indem er sorglos und unbekümmert handelt, die Bedeutung und Tragweite seines Vertragsverhaltens nicht hinreichend würdigt und allfällige Bedenken leichthin in den Wind schlägt⁶⁶.

ten Auslegung des Art. 21 Abs. 1 OR, die dem Zweck der Bestimmung, aber auch dem italienischen Wortlaut ("*bisogni*"), entspricht.

⁵⁹ BGE 61 II 35 f.; OSSIPOW, S. 247 ff.

⁶⁰ BGE 84 II 110 f.

⁶¹ OSER/SCHÖNENBERGER, N 10 zu Art. 21 OR; LARENZ, § 22 III d 452.

⁶² Vgl. BGE 92 II 175 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 44; VON TUHR/PETER, S. 345 und viele andere.

⁶³ Z.B. auch deswegen, weil eine Partei nicht über die notwendigen Marktinformationen verfügt.

⁶⁴ Nicht vorausgesetzt ist somit ein Mangel an allgemeiner Lebenserfahrung oder eine allgemeine Unerfahrenheit in geschäftlichen Dingen (vgl. demgegenüber z.B. BECKER, N 7 zu Art. 21 OR). Entgegen einer früheren Rechtsprechung (namentlich BGE 41 II 579) kommt es vielmehr auf die "*Unerfahrenheit in concreto*" an (OFTINGER, S. 543). Deshalb reicht es aus, wenn einer Partei die gängigen Preise für die verhandelten Leistungen unbekannt sind; oder wenn sie (mangels genügender Kenntnisse) die Tragweite des konkreten Vertrages (oder einzelner Vertragsabreden!) sonstwie nicht zu erfassen vermag, mag sie auf dem in Frage stehenden Gebiet auch nicht völlig unerfahren sein (vgl. BGE 92 II 176; 61 II 36). Je komplizierter die Verträge (oder hierfür verwendete "Standardbedingungen") sind, desto spezieller müssen die Kenntnisse sein, damit eine Partei, die sich auf den Vertragsabschluss einlässt, im Sinne des Art. 21 OR als "erfahren" gilt.

⁶⁵ Der Grund kann z.B. in einer allgemeinen Unbekümmertheit der Partei, in ihrem (jugendlichen oder fortgeschrittenen) Alter, in einer momentanen Verfassung (etwa in einem leidenschaftlichen Heiratsbedürfnis: BGE 61 II 31 ff.) oder in den speziellen Umständen gerade dieses Vertragsabschlusses liegen.

⁶⁶ Vgl. BGE 61 II 36 f.; VON TUHR/PETER, S. 345. Nach BGE 61 II 36 darf es "mit der Annahme, es sei der Leichtsinns des einen Vertragsteiles ausgebeutet worden, ... nicht leicht genommen werden". Das ist richtig, wenn damit gesagt sein soll, dass es sich verbietet, diese Annahme leichthin (ohne sorgfältige Prü-

2. Indem Art. 21 OR sogar den "**Leichtsinnigen**" gegen Ausbeutung schützt, zeigt er auf, wie ernst das "Gebot der Fairness" zu nehmen ist, das es dem einen Verhandlungspartner untersagt, die Schwäche des andern zum eigenen Vorteil auszunutzen. Damit bestätigt sich erneut die Richtigkeit der Auffassung, wonach Art. 21 OR nach einer *weiten* Auslegung ruft, namentlich auch, was die "Notlage" und die "Unerfahrenheit" betrifft.

B. Gleichartige Schwächelagen – Erweiterter Anwendungsbereich des Art. 21 OR

1. Art. 21 Abs. 1 OR spricht zwar nur von der "Notlage", der "Unerfahrenheit" und dem "Leichtsinn" des Benachteiligten. Doch hat die **Aufzählung keine abschliessende Bedeutung**⁶⁷. Vielmehr kann es eine Übervorteilung im Sinne des Art. 21 OR auch bei anders begründeten (gleichartigen) Schwächelagen geben, welche die betroffene Partei in eine unterlegene Verhandlungsposition versetzen⁶⁸. Zu denken ist etwa an den schwächenden Einfluss von Alkohol, Drogen und Medikamenten, an den Zustand der Erschöpfung oder der Überraschung, an eine vorhandene Abhängigkeit (vgl. Art. 157 Abs. 1 StGB), an ein mangelhaftes Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche (vgl. § 138 Abs. 2 DBGB)⁶⁹. Die Beispiele lassen sich vermehren. Mit Bezug auf die Übernahme Allgemeiner Vertragsbedingungen ist der folgende Einzelpunkt hervorzuheben:

Vielfach bleibt einer Vertragspartei gar nichts anderes übrig, als entweder vom Vertragsabschluss abzusehen oder sich dem *Diktat Allgemeiner Vertragsbedingungen* zu unterziehen, die nach ihrem konkreten Inhalt ein offenes Leistungsmissverhältnis zur Folge haben⁷⁰. Ist ein Ausweichen auf einen "besseren" Vertragspartner (mit günstigeren Bedingungen) nach den gegebenen Umständen ausgeschlossen oder unzumutbar, so vermag schon diese Situation eine

fung des Einzelfalls) zu treffen. Abzulehnen wäre jedoch das Postulat, den Begriff "Leichtsinn" restriktiv auszulegen und ihn nur auf krasse Ausnahmefälle zu beziehen. Insbesondere verlangt Art. 21 Abs. 1 OR nicht, dass eine Partei bei Vertragsabschluss "überaus leichtsinnig" (BGE 61 II 37) vorgeht, indem sie etwa "die primitivste vernunftsgemässe Überlegung" (BGE 61 II 37) vermissen lässt.

⁶⁷ Anders z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, N 13 zu Art. 21 OR; OSSIPOW, S. 243.

⁶⁸ BUCHER, S. 232 f.. Bereits in den Verhandlungen des Nationalrats hat THÉLIN darauf hingewiesen, dass die in Art. 21 Abs. 1 OR enthaltene Aufzählung zu eng sei (weil sie z.B. den Zustand der Trunkenheit nicht erfasse), weshalb er beantrage, die Worte "gêne, légèreté et inexpérience" durch den Ausdruck "faiblesse intellectuelle ou morale" zu ersetzen (StenBull NatR 1909, 481). Der Antrag wurde zurückgezogen (StenBull NatR 1909, 485), nachdem die beiden Berichterstatter der Kommission, HUBER und ROSSEL, versprochen hatten, im Zuge der redaktionellen Bereinigung zu prüfen, ob der Text nicht durch den Ausdruck "oder aus ähnlichen Gründen" ("autres faits analogues") ergänzt werden könnte (StenBull NatR 1909, 484 und 485). "Le texte idéal" allerdings (so: ROSSEL, a.a.O.) sei noch zu finden! Dass dieser (ideale) Text dann doch nicht gefunden wurde und es deshalb bei der heutigen Aufzählung blieb, bildet keinen Grund, am Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 OR haften zu bleiben.

⁶⁹ Ist eine Partei hinsichtlich des konkreten Geschäftes geradezu *urteilsunfähig* (Art. 16 ZGB), so entfaltet der von ihr persönlich abgeschlossene Vertrag überhaupt keine Wirksamkeit (Art. 18 ZGB); der Vertrag ist in diesem Sinne nichtig, und zwar ohne dass sich der Betroffene oder dessen Vertreter auf die Nichtigkeit berufen müsste (BUCHER, Berner Kommentar, N 3 und N 126 ff. zu Art. 17/18 ZGB).

⁷⁰ Meistens handelt es sich dabei um "zusätzliche Vertragsbedingungen" (z.B. Haftungs- oder Freizeichnungsklauseln), die es bei der Bewertung der vereinbarten Austauschleistungen mitzubersichtigen gilt (vgl. Anm. 55).

Schwächelage zu begründen, die einer "Notlage" (Art. 21 Abs. 1 OR) gleichsteht⁷¹. Möglich ist natürlich immer auch, dass die Zustimmung zu den [98] Allgemeinen Bedingungen auf einer andern Schwäche (namentlich auf Unerfahrenheit oder Leichtsinns⁷²) des Benachteiligten beruht.

2. Der Einbezug anderer Schwächelagen, wofür hier eingetreten wird, entspricht dem Schutzgedanken des Art. 21 OR und dem Grundsatz, wonach "Gleiches (Gleichwertiges) gleich zu behandeln" ist⁷³. Doch bleibt zu beachten, dass **nicht jedes vereinbarte Leistungsmissverhältnis in der Schwäche einer Partei begründet** liegt. Vielmehr gibt es immer wieder Parteien, die in ein für sie offenbar ungünstiges Austauschverhältnis einwilligen, obwohl sie durchaus in der Lage sind, ihre Interessen zu wahren. Der Grund für ein solches Vertragsverhalten kann z.B. in einer Schenkungsabsicht, einer kasuellen Fehleinschätzung der Verhältnisse oder in einem mittelbaren Vertragszweck bestehen, den die betreffende Partei mit dem ungleichgewichtigen Vertrag verfolgt⁷⁴. Möglich ist aber auch, dass ein Verhandlungspartner ohne besonderen Grund und trotz intakter Verhandlungsposition es schlicht unterlässt, eine adäquate Gegenleistung zu verlangen, was zwar dem normativen Bild einer "vernünftigen" Vertragspartei widerspricht, in Wirklichkeit jedoch vorkommt.

3. Das dritte Element: Die Ausbeutung

1. Das dritte Tatbestandselement (wiederum ein subjektives) beschlägt die Gegenpartei des Übervorteilten. Der Abschluss des Vertrages ist (wie Art. 21 Abs. 1 OR sagt) "von dem einen Teil durch **Ausbeutung** der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden". Die Gegenpartei des Übervorteilten hat sich dessen Schwäche bewusst zunutze gemacht, um den Vertrag mit dem offenbaren Leistungsmissverhältnis abzuschliessen⁷⁵. Das bedeutet:

- a. Vorausgesetzt ist zunächst ein gewisser *Kenntnisstand auf seiten des Ausbeuters*. Nach herrschender Meinung muss der Ausbeuter zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht nur die

⁷¹ Das gilt insbesondere für Fälle, in denen es um Verträge (z.B. Wohnungsmieten, aber auch Bank- und Versicherungsgeschäfte) geht, auf die der Betroffene für die Entfaltung, Erhaltung oder Sicherung seiner wirtschaftlichen oder persönlichen Existenz angewiesen ist.

⁷² Leichtsinnsige "Sorglosigkeit" und "Unbekümmertheit" bei der Übernahme Allgemeiner Vertragsbedingungen sind (namentlich im Alltagsverkehr) sogar ausserordentlich verbreitet.

⁷³ MEIER-HAYOZ, N 348 zu Art. 1 ZGB.

⁷⁴ Z.B. verspricht sich die betreffende Partei einen Reklame- oder einen sonstigen Wettbewerbsvorteil, den Zuwachs an Prestige oder Goodwill, die Aneignung technischer Kenntnisse, den Zutritt zu neuen Märkten oder den Zugang zur Produktion fremder Unternehmen.

⁷⁵ BGE 92 II 177 f.

Schwächelage seines Partners (z.B. die "Notlage" oder die "Unerfahrenheit") kennen⁷⁶, sondern auch um das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wissen⁷⁷.

- b. Sodann beinhaltet das Tatbestandselement der Ausbeutung immer auch ein *finales Element*⁷⁸. Der Ausbeuter nutzt die Lage aus (er "missbraucht" sie, wie der italienische Gesetzestext formuliert), um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten seines Partners zu verschaffen. Dass er aber den Vertrag nur um dieser Vorteile willen eingeht (sonst also nicht abschliessen würde) ist so wenig verlangt wie irgend eine Absicht, den Bewucherten "ins Verderben" zu stürzen⁷⁹.

2. Von welcher Seite der Vertragsabschluss veranlasst wurde, ist unerheblich⁸⁰. Art. 21 OR setzt nicht voraus, dass **die Initiative zum Abschluss des Vertrages** vom Ausbeuter ausgeht⁸¹ oder dieser den Vertragspartner zum Vertragsabschluss gar drängt. Der Vertrag kann durchaus "auf Bitten" des Übervorteilten (z.B. eines Verunglückten) abgeschlossen werden⁸²; es genügt, dass der Ausbeuter die sich bietende Gelegenheit wahrnimmt. Ob er das bloss "widerstrebend" tut oder nicht, ist gleichgültig⁸³. Es kommt nur darauf an, *dass* er es tut!

4. Die Kombination

1. Die beschriebenen **drei Elemente** (offenbares Leistungsmissverhältnis, Schwächelage, Ausbeutung) **müssen allesamt erfüllt sein**, damit im konkreten Fall eine Übervorteilung besteht, die den Vertrag einseitig unverbindlich macht⁸⁴. Erst in ihrer Kombination ergeben [99] diese Elemente den Tatbestand des Art. 21 Abs. 1 OR. Fehlt es auch nur an *einem* Element, so entfällt der Tatbestand der Übervorteilung.

2. Der Schutz, den Art. 21 OR den Vertragschliessenden gewährt, ist somit beschränkt. Zur **Ergänzung und Präzisierung** sind aber drei Punkte beizufügen:

- a. Der Umstand, dass sämtliche Tatbestandselemente des Art. 21 Abs. 1 OR erfüllt sein müssen, hindert den Richter nicht, im Rahmen seines Ermessens auf eine *Gesamtwürdigung des Sachverhaltes* abzustellen, um zu entscheiden, ob eine behauptete Übervorteilung tatsächlich

⁷⁶ BGE 95 II 112; 54 II 190. Präzisierend ist beizufügen: Der Ausbeuter muss die Schwächelage zur Zeit des Vertragsabschlusses insoweit kennen, dass er um die unterlegene Verhandlungsposition seines Vertragspartners weiss, mag er auch über die Art der Schwäche (ob z.B. "Unerfahrenheit" oder "mangelhaftes Urteilsvermögen" vorliegt) nur ungenaue oder unrichtige Vorstellungen haben.

⁷⁷ BGE 53 II 488 f.; BECKER, N 9 zu Art. 21 OR; VON BÜREN, S. 228; LARENZ, § 22 III d 452. Nach richtiger Auffassung reicht es jedoch aus, wenn der Ausbeuter damit *rechnet*, dass ihm aus dem Vertrag übermässige Vorteile entstehen.

⁷⁸ BUCHER, S. 234 Anm. 25; anders offenbar OSSIPOW, S. 245.

⁷⁹ Missverständnis: BECKER, N 8 zu Art. 21 OR.

⁸⁰ BECKER, N 4 zu Art. 21 OR; VON TUHR/PETER, S. 345.

⁸¹ OSER/SCHÖNENBERGER, N 9 zu Art. 21 OR; VON TUHR/PETER, S. 345; ungenau formuliert: BGE 92 II 177.

⁸² FLUME, § 18, S. 381.

⁸³ Anders: BUCHER, S. 233 f.

⁸⁴ HUBER, StenBull NatR 1909, 474; ROSSEL, StenBull NatR 1909, 477 und 480.

gegeben ist⁸⁵. Eine solche Gesamtwürdigung, die alle erheblichen Umstände des Vertragsabschlusses mitberücksichtigt, erlaubt es, die Anforderungen an *ein* Element (z.B. an die Schwäche des Benachteiligten) umso geringer zu halten, je stärker ein *anderes* Element (z.B. das Leistungsmissverhältnis) zur Geltung kommt⁸⁶.

- b. Häufig fehlt es für die Annahme einer Übervorteilung einzig daran, dass eine tatsächlich vorhandene Schwächelage des Benachteiligten von der begünstigten Gegenpartei *bewusst* ausgenutzt (und damit "ausgebeutet") wurde. Alsdann ist eine unmittelbare Anwendung des Art. 21 OR zwar ausgeschlossen. Hingegen rechtfertigt es sich, Art. 21 OR sinngemäss anzuwenden, wenn *ein ausbeutungsähnlicher Sachverhalt* vorliegt, weil die Gegenpartei sich "böswillig oder in grobfahrlässiger Leichtfertigkeit" der Erkenntnis verschlossen hat, dass der Benachteiligte sich nur auf Grund seiner Schwäche auf den betreffenden Vertrag (mit dem offenbaren Leistungsmissverhältnis) einliess⁸⁷.
- c. Schliesslich können, auch wenn der Schutz des Art. 21 OR versagt, immer noch *andere Gesetzesbestimmungen*⁸⁸ schützend eingreifen, falls deren Voraussetzungen erfüllt sind. Für Verträge, die ein grobes Leistungsmissverhältnis begründen, wird sogar die Meinung vertreten, dass sie im Extremfall gegen die guten Sitten verstossen und deshalb nach Art. 20 OR nichtig sind⁸⁹. Das allerdings widerspricht der Tatsache, dass der schweizerische Gesetzgeber den Fall des vertraglichen Leistungsmissverhältnisses in der eigens geschaffenen Vorschrift des Art. 21 OR geregelt und damit der Sittlichkeitskontrolle des Art. 20 OR entzogen hat⁹⁰. Mag das Missverhältnis noch so grob sein, – für sich allein bildet es jedenfalls keinen Grund, um die Unsittlichkeitsfolge des Art. 20 OR auszulösen⁹¹.

III. Die Rechtsfolge

1. Die Rechtsfolge der Übervorteilung besteht nach Art. 21 OR in der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages. Ist der Tatbestand des Art. 21 Abs. 1 OR erfüllt, "so kann der Verletz-

⁸⁵ BUCHER, S. 234.

⁸⁶ In keinem Falle aber darf vom Erfordernis eines bestimmten Tatbestandselementes überhaupt abgesehen werden, auch wenn ein anderes Element besonders deutlich zu Tage tritt (z.B. das vereinbarte Leistungsmissverhältnis sich als besonders "krass" herausstellt). Das sogenannte "Sandhaufentheorem" (BENDER, NJW 33, 1980, 1133) ist in diesem Sinne abzulehnen (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 565a).

⁸⁷ Vgl. mutatis mutandis: RGZ 150, 5; BGHZ 80, 160 f.; FLUME, § 18/7, 381; SOERGEL/HEFERMEHL, N 73 zu § 138 DBGB.

⁸⁸ Z.B. Art. 23 ff., Art. 163 Abs. 3, Art. 340a Abs. 2 oder Art. 417 OR. Einschlägige Schutzbestimmungen finden sich auch ausserhalb des OR; beachte insbesondere Art. 8 UWG ("Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen"), Art. 87 Abs. 2 SVG (Vereinbarungen über "offensichtlich unzulängliche Entschädigungen").

⁸⁹ Z.B. VON BÜREN, S. 229 f.; OFTINGER, S. 548 f.; für das entgeltliche Darlehen vgl. auch BGE 93 II 189 ff.

⁹⁰ Vgl. BUCHER, S. 232 (insbes. Anm. 18); OSSIPOW, S. 287; GIGER, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, S. 71.

⁹¹ BGE 51 II 169. Ob es sich anders verhält, wenn ein krasses Leistungsmissverhältnis auf einer marktbedingten Ungleichheit der Parteien beruht oder die wirtschaftliche Existenz des Benachteiligten gefährdet (so: ZUFFEREY, Nr. 679 ff., Nr. 1014 ff., Nr. 1029; OFTINGER, S. 549), soll hier nicht weiter diskutiert werden.

te innerhalb Jahresfrist" seit Abschluss des Vertrages (Art. 21 Abs. 2 OR)⁹² "erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen" (Art. 21 Abs. 1 OR). Das bedarf der Erläuterung:

- a. Nach der hier vertretenen "*Ungültigkeitstheorie*"⁹³ ist der "einseitig unverbindliche" Vertrag zwar überhaupt (für beide Parteien) ungültig, weshalb seine Gestaltungswirkung ausbleibt, keine Vertragsforderungen entstehen und allfällige Vertragsleistungen ohne gültigen Rechtsgrund erfolgen. Im Unterschied zur Nichtigkeit des Art. 20 OR darf diese [100] Ungültigkeit aber nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Und ausserdem wird nur die *eine* (die "verletzte") Partei geschützt, wenn sie gegen den Willen der andern die Ungültigkeit geltend macht. Lässt die geschützte (überevorteilte) Partei die Jahresfrist (Art. 21 Abs. 2 OR) unbenutzt verstreichen, so gilt der Vertrag mit Wirkung "ex tunc" als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR analog).
- b. Die Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 OR und die Regeln der "*modifizierten Teilnichtigkeit*"⁹⁴ passen sinngemäss auch auf den "einseitig unverbindlichen" Vertrag des Art. 21 OR. Demzufolge ist der Überevorteilte nicht darauf beschränkt, die Unverbindlichkeit des ganzen Vertrages geltend zu machen. Statt dessen kann er vielmehr auch verlangen, dass der Vertrag mit einem Inhalt aufrechterhalten bleibt, der das offenbare Leistungsmissverhältnis in Abweichung von der getroffenen Vereinbarung beseitigt⁹⁵. Das gilt allerdings nur, wenn für den konkreten Einzelfall anzunehmen ist, dass der Vertrag nach dem "hypothetischen Parteiwillen"⁹⁶ auch mit diesem (veränderten) Inhalt abgeschlossen worden wäre. Nach Massgabe des "hypothetischen Parteiwillens" kann die Veränderung z.B. im schlichten Wegfall einer

⁹² Indem Art. 21 Abs. 2 OR den Beginn des Fristenlaufs an den *Vertragsabschluss* knüpft, nimmt er keine Rücksicht darauf, wann der Benachteiligte die Überevorteilung entdeckt oder wann die Schwäche, die der Überevorteilung zugrundeliegt, wegfällt (HUBER, StenBull NatR 1909, 484; ROSSEL, StenBull NatR 1909, 477; vgl. demgegenüber Art. 31 Abs. 2 OR). Das kann zu stossenden Ergebnissen führen und bedarf einer Korrektur durch das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn der Ausbeuter die Schwäche des andern bewusst ausnutzt, um ihn nach Vertragsabschluss von der Geltendmachung der Unverbindlichkeit abzuhalten. Für so lange, als diese "Ausbeutungslage" andauert, ist es dem Ausbeuter verwehrt, sich auf den Lauf der Frist zu berufen, was praktisch bedeutet, dass der Fristenlauf während der erwähnten Zeitdauer ruht.

⁹³ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 673 ff. und BGE 114 II 142 ff. Die "Ungültigkeitstheorie" unterscheidet sich von der "Anfechtbarkeitstheorie", nach der ein einseitig unverbindlicher Vertrag zwar gültig zustandekommt, durch (rechtzeitige) Anfechtungserklärung des Verletzten aber mit rückwirkender Kraft beseitigt wird.

⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP, Nr. 540 ff.; HÜRLIMANN, Nr. 249 ff.

⁹⁵ Die bisweilen vertretene Lehrmeinung, wonach dem Ausbeuter das gleiche Recht zustehe, sobald der Überevorteilte die Unverbindlichkeit des Vertrages geltend macht (z.B. VON BÜREN, S. 229; OFTINGER, S. 552 f.), verdient keine Zustimmung (HÜRLIMANN, Nr. 332). Dem Überevorteilten kann also "die Fortsetzung des Vertrages mit verändertem Inhalt nicht aufgezwungen werden" (BGE 84 II 113; bestätigt in BGE 92 II 179), auch nicht dadurch, dass man dem Ausbeuter "nach gutem römischem Vorbild" gestattet, "durch Nachleistung der Wertdifferenz das Geschäft" aufrechtzuerhalten (so aber BUCHER, S. 237). Wollte man anders entscheiden, so wäre es für den Ausbeuter ein leichtes, vorerst einmal einen "wucherischen" Vertrag abzuschliessen, da er sich "notfalls" ja immer noch auf den Bestand des Vertrages mit verändertem Inhalt berufen könnte. Und was das römische Recht betrifft, so vermag es im fraglichen Punkt so wenig Vorbild zu sein wie etwa das französische Recht, da Art. 21 OR von beiden Ordnungen schon durch das subjektive Erfordernis der Ausbeutung abweicht.

⁹⁶ Gemeint ist der Wille von vernünftig und korrekt handelnden Vertragspartnern (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 539).

einzelnen Vertragsklausel (etwa einer Haftungs- oder Freizeichnungsklausel) oder darin bestehen, dass die Leistungspflicht des Übervorteilten "reduziert" wird⁹⁷.

- c. Bei *Einzelarbeitsverträgen* (Art. 319 ff. OR) greift die Sonderregel des Art. 320 Abs. 3 OR ein⁹⁸. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, so wirkt die Erklärung, worin der Übervorteilte die Unverbindlichkeit des Vertrages geltend macht, nur für die Zukunft (also "ex nunc"); für die zurückliegende Zeitspanne gilt der Vertrag, wie wenn er wirksam abgeschlossen worden wäre, jedoch mit einem derart veränderten Inhalt, dass das offenbare Leistungsmissverhältnis entfällt⁹⁹. Inwieweit diese Regel sich verallgemeinern und auch auf andere (in Erfüllung begriffene) Dauerschuldverhältnisse übertragen lässt, gehört zu den noch umstrittenen Fragen¹⁰⁰.
- d. Der ausbeuterische Vertrag, der unter Art. 21 OR fällt, leidet bisweilen auch noch an einem anderen (zusätzlichen) Vertragsmangel, der ihn z.B. nichtig (Art. 20 OR)¹⁰¹ oder einseitig unverbindlich (Art. 23 ff. OR) macht. Trifft dies zu, so kann die Wirksamkeit des Vertrages gleichzeitig aus mehreren Gründen (nach Massgabe der jeweils einschlägigen Bestimmungen) bestritten werden¹⁰².

2. Über eine allfällige **Schadenersatzpflicht des Ausbeuters** schweigt sich Art. 21 OR zwar aus. Doch steht fest, dass derjenige, der seinen Partner beim Vertragsabschluss übervorteilt, gegen das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstösst, indem er die vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme verletzt. Das hat zur Folge, dass er unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Regeln über die "*culpa in contrahendo*" schadenersatzpflichtig wird. Auf die zahlreichen Streitfragen, die sich an die Culpa-Haftung knüpfen, namentlich auf die Frage ihrer "Rechtsnatur", soll hier nicht näher eingetreten werden. Ebenso mag offen bleiben, ob Art. 31 Abs. 3 OR sinngemäss auch auf die Übervorteilung passt, wofür gute Gründe sprechen¹⁰³.

Korr.: MD, 05.03.2005

⁹⁷ Das Recht des Übervorteilten, den Vertrag mit verändertem Inhalt gelten zu lassen, ist allerdings nicht unumstritten. Die einschlägige Diskussion konzentriert sich vor allem auf die Frage, ob die übervorteilte Partei berechtigt ist, statt "sich vom Vertrag vollständig loszusagen", eine "Herabsetzung ihrer übermässigen Leistungspflicht zu verlangen" (BGE 84 II 113). In der Literatur wird die Frage mehrheitlich bejaht (z. B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 569 f.; HÜRLIMANN, Nr. 332; VON BÜREN, S. 228 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 45; OFTINGER, S. 552 f.; VON TUHR/PETER, S. 346 und dort Zitierte; SPIRO, ZBJV 88, 1952, S. 513 ff.; STARK, S. 394 f.). Das Bundesgericht lässt die Frage offen (BGE 84 II 113).

⁹⁸ STAEHELIN, N 32 zu Art. 320 OR; VISCHER, Schweiz. PR VII/1, S. 332.

⁹⁹ Ähnlich: VISCHER, a.a.O., 332 f.

¹⁰⁰ Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP, Nr. 711; POLYDOR-WERNER, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss. Genf 1988, S. 143 ff.

¹⁰¹ Zum Beispiel kann der ausbeuterische Vertrag zugleich eine gesetzliche Höchstpreis- oder Höchstzinsvorschrift verletzen (BGE 80 II 332 f.; 43 II 807) und deshalb einen widerrechtlichen Inhalt (Art. 20 Abs. 1 OR) haben.

¹⁰² Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 547.

¹⁰³ Ablehnend aber KELLER/SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988, S. 200; OSER/SCHÖNENBERGER, N 18 zu Art. 21 OR; VON TUHR/PETER, S. 347.